

論 説

フランスにおける不正競争の概念

大 橋 麻 也

序 言

一 営業の自由の確立

二 不正競争の規制態様 —不法行為法の適用を中心に—

三 フランスの不正競争概念

結 語

序 言

わが国の不正競争防止法は、1934年、パリ条約ヘグ改正を批准する目的で制定された。当初わずかしき列挙されていなかった不正競争の類型は、1993年の大改正を経て、増加の一途をたどっている。

しかし、法制定の動機に由来してか、法文に列挙された諸類型に満足してか、不正競争の概念という根本的認識について、一致した見解の形成が図られてきたとは決していえないのが現状ではあるまいか。不正競争規制の充実ということを考えるとき、不正競争防止法を解釈するにせよ、他の法律—例えば民法の不法行為法—に頼るにせよ、不正競争概念の認識が必要となるのはいうまでもない。不正競争規制の一般条項をもたないわが国においてはなおさらそうである。

たしかに、この問題に関する論考はこれまでも存在する⁽¹⁾。そのいずれもが重要な示唆に富むものでありながらわが国に不正競争概念の明確な

認識をもたらしえなかったのは、同様の検討作業が周囲によって継続的に行われてこなかったことに起因するものと思われる。本稿は、このような学問状況を補うべく構想された筆者の研究の一環として、フランス法における不正競争概念をその形式的小および実質的側面から把握しようとするものである。

不正競争の規制方法には、不法行為主義と行為規準違反主義とがあるとされる⁽²⁾。わが国の不正競争防止法については、これを不法行為法の特別法とみる見解が多数説であるが⁽³⁾、フランスにおいて不正競争は判例上まさに不法行為規定に基づいて規制されてきた。よって、フランス法は少なくとも外見上、規制手段として不法行為主義を採用していることになる。また、行為の違法性判断基準は、「営業上の誠実」(loyauté commerciale)にあるとされた。これは職業慣行を内容とする概念であり、よってフランス法は商慣行違反を規制対象としていると仮定することができる。わが国でも、不正競争について「競争上の信義誠実」違反等の倫理的な把握がなされることが多い⁽⁴⁾。

以上の点からすれば、日仏の不正競争の理解は類似しているかのようである。しかし、ここに述べたものはあくまで表層に過ぎない。フランスで

(1) 有馬忠三郎『不正競争論』(弘文堂、1923年)、満田重昭「不正競争法における競争地位権説」竹内昭夫編『現代商法学の課題〔鈴木古希記念〕(中)』(有斐閣、1975年)1017頁以下、渋谷達紀「不正競争の概念(1)、(2・完)」民商第123巻第1号(2000年)1頁以下、同第2号157頁以下等が挙げられる。

(2) 前者は「不正競争を不法行為、すなわち競争者に対する加害を要素とする行為と見るもの」、後者は、他人への加害を要件とせず「市場において妥当すべき何らかの規準に照らして、なすべきではないと考えられる行為をもって不正競争とみるもの」と定義される(渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』(有斐閣、2004年)2頁)。

(3) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法(平成16・17年改正版)』(有斐閣、2005年)18-19頁、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法』(青林書院、2000年)35頁、我妻榮「不正競争防止法」法協第52巻第5号(1934年)909頁参照。これに対し同法を行為規準違反主義に基づいた立法と見る見解が存在することを付記しておく。渋谷・前掲注(2)9-10頁参照。

(4) 小野・前掲注(3)31頁参照。

19世紀に確立された判例法の、いわば建前を示したのみである。この原初の概念がこれまでにいかなる修正を受け、いかに現実に適応してきたのかという点にこそ関心が払われねばならない。本稿では、判例を主な素材として、フランスの不正競争概念の変容を明らかにしたいと考える⁽⁵⁾。

論述にあたっては、まず不正競争の生じる前提となった自由競争の成立から説きおこすことにしたい。次に規制の態様についての伝統的な考え方とその発展型とを検討しようと思う。最後に不正競争規制の全体に通じる規制方法と規制対象とを抽出することによって不正競争を形式的意義および実質的意義において把握したい。先に述べたフランス不正競争法の一応の姿が現実といかに乖離しているかを示すことによって、日本法のありかたを見直す一助となればよいと考えている。

一 営業の自由の確立

ここでは、自由競争の原則がフランスで確立する過程を確認し、不正競争法の生じた背景にあった営業の自由の思想を把握することに努める。

1 旧制度下の産業規制

(1) 絶対王政と経済政策

中世においては、領主が自己の領内の商工業を統制していた。当時はキリスト教の影響を受けて「良き誠実なる経済」(Économie bonne et loyale)⁽⁶⁾の思想が生まれ、これが職業上の慣習および警察権力の商工業規制に影響を及ぼすこととなった⁽⁷⁾。公権力—領主、または都市勢力の強

(5) この点につきフランスの学説を紹介するものに、染野義信「フランスの不正競争法」比較法研究19(1959)16頁以下がある。

(6) 訳語はFr.オリヴィエ・マルタン(塙浩訳)『フランス法制史概説』(創文社, 1986年)924頁に依る。

(7) Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Éditions Domat Montchrestien, 1948, p.615.

い地域では市当局一による規制の目的は、良き誠実なる経済の確保・実現にあった⁽⁸⁾。

絶対王制期には国王が共同福祉の裁定者として臣民の経済生活に配慮し、これを統制する政策を布いた。経済は社会全体を利するものであり、監視と統制、すなわち警察の対象となるべきものと考えられていた。経済に対する警察は、主に食料品と製品との十分な供給を目的としていた⁽⁹⁾。

経済への王権の積極的関与は、ルイ14世の財務総監コルベールによって確立された重商主義経済政策の特徴である。その政策の中心は財政の安定にあったが、コルベールはそれにとどまらず奢侈品生産のためのマニュファクチュール⁽¹⁰⁾の設立を通じて国内産業の保護に努めた。マニュファクチュールには特権（無利子貸付、補助金、租税免除等）および特定地域での製造独占が認められたが、一方で厳格な生産・品質管理が加えられ、製品の販売促進および購買者の欺罔防止のために品質・規格は王令によって統一された⁽¹¹⁾。

さらに、王権による産業規制は日用品生産に従事する既存の同業組合にも及んだ⁽¹²⁾。事実、旧制度の産業の中心を占めたのは同業組合の支配する小規模手工業であった。革命期において確立するであろう「営業の自由」(*liberté du commerce et de l'industrie*)は、都市の商工業を独占した同業体的結合からの自由をその具体的内容としていた。

(8) 中世の都市制度および商工業統制については野田良之『フランス法概論・上巻(1)』(有斐閣, 1954年)195-203頁を参照。

(9) Olivier-Martin, *op. cit.*, pp.615-616.

(10) マニュファクチュールとは、王の特権により創設される大工場組織をいう。野田・前掲注(8)504頁参照。

(11) H. Sée, *Histoire économique de la France*, Librairie Armand Colin, 1948, pp.263-271. 製品には、視察官による検査の後に品質を保証する検印が付された。Olivier-Martin, *op. cit.*, p.623.

(12) 重商主義の下では、財政安定化のために同業組合への課税が重視された。王権は、各職業に対して同業組合—特に次段に述べる宣誓職—を形成するよう促した。Olivier-Martin, *op. cit.*, p.621.

(2) 同業組合による営業独占

A 同業組合の制度⁽¹³⁾

同業組合は、対外的には特定の職業における独占組織である。それは組合規約の遵守を約した手職の親方の団体として、一都市における営業を独占していた。親方身分の取得は極めて困難である。親方に志願する者は、徒弟および仲間職人の期間を経て主作品（chef d'oeuvre）の審査に合格することを要し、加入に際しては高額の親方税が課された。こうして組合は閉鎖化し独占が助長されていった⁽¹⁴⁾。他方、対内的には同業組合は親方らの営業を管理し競争を排除する機関である⁽¹⁵⁾。総会の決定する規約には生産方法、製品規格および店舗数が規定されたが、それは王権の規制に沿う内容のものであった。規約の有効性は、国王の公開状（lettre patente）による承認を得てはじめて生ずるからである⁽¹⁶⁾。

規約の遵守を監視したのは、親方間で選出され組合の警察権を有する取締り（jurés）である。彼らは国王の視察官の監督を受けつつ⁽¹⁷⁾ 製品の品質、生産工程等を管理し、誠実に作られたと判断される製品に検印を付した⁽¹⁸⁾。同業組合は、公権力の商工業規制を補完する役割を担っていた。

B 旧制度末期の改革

以上のような組合内部の規制は、実際、品質管理においてさほど奏功しなかった。独占体たる同業組合に生産上の懈怠が生じていたためである

(13) 絶対王制下で職業団体は規制職（métier réglé）、宣誓職（métier juré）および特権職（métier privilégié）に分類されていたとされる。詳細は中村紘一「ル・シャプリエ法研究試論」早稲田法学会誌第20巻4-5頁を参照。ここに述べるのは同業組合の一般的形態とされる宣誓職の制度である。なお、本文中に記載した原語の訳は同論文に依る。

(14) H. Sée, *La France économique et sociale au XVIII^e siècle*, Librairie Armand Colin, 1925, pp.101-103.

(15) *Ibid.*, pp.103-105.

(16) Olivier-Martin, *op. cit.*, p.620.

(17) Sée, *Histoire économique*, p.271.

(18) Sée, *La France économique et sociale*, p.104.

が、これは営業が自由競争の下にあったならば治癒されたはずの事態であった。親方間の競争の排除は、経済発展の障壁ともなっていた。同業組合は旧弊にとらわれ、あらゆる技術的進歩に対し敵意を持っていたからである⁽¹⁹⁾。

一方、18世紀後半には産業構造に変化が生じていた。卸商(négociants)と呼ばれる商人が産業規制の及ばない農村の家内工業を指揮して商業資本を形成しはじめる。彼らは手工業者を経済的従属関係に置き、企業家として次第に勢力を伸ばしていった⁽²⁰⁾。こうして農村において自由な営業が発展していくのに対し、都市産業は依然として機能不全の同業組合に支配されていた。

近代的自由競争思想は、このように弊害を顕わにした重商主義への批判から生まれた。産業の変化と時を同じくして、経済の自然的秩序に対する規制を排そうとする重農主義思想が台頭する。この思想の影響は同業組合の廃止を定めた1776年のテュルゴ勅令⁽²¹⁾において顕著である。テュルゴは労働する権利を万人の所有権と定義し、いかなる種類の営業を行うも自由であると断じた。この自由を担保するために、親方および労働者のあらゆる結合は禁じられた⁽²²⁾。

テュルゴの改革は守旧派の反対に遭い、まもなく覆される。しかし、市場の均衡を諸個人の自由競争に委ねようとする彼の経済的自由主義は革命の変革主体へと受け継がれていった⁽²³⁾。

(19) *Ibid.*, p.106.

(20) *Ibid.*, pp.131-135.

(21) 正式名称を、「営業および手工業の宣誓組合および同業体の廃止にかんする勅令」(Edit portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers) という。原文は, Jourdan, Isambert et Decrusy, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1863, t. 23, pp.370-386. テュルゴの改革については中村・前掲注(13) 18-24頁に詳しい。上に掲げた勅令の名称の訳は同論文に依る。

(22) Sée, *op. cit.*, p.110.

(23) 商業資本家として成長した卸商は、1789年の三部会召集の際の選挙会でも影

2 フランス革命における「営業の自由」の確立⁽²⁴⁾

(1) 1791年3月2日＝17日のデクレ（ダラルド法）⁽²⁵⁾

89年の人権宣言は営業の自由を明示的に規定していなかったが⁽²⁶⁾、重農主義思想は確実に国民議会に浸透していた。営業の自由は1791年3月2日＝17日のデクレ（ダラルド法）⁽²⁷⁾によって実定法上の承認を得ることとなった。

報告者ダラルドは、労働する権能を人の第一の諸権利のひとつとして定義する⁽²⁸⁾。同業体の少数の親方による営業独占は万人にとって害である。営業が自由になった場合、労働者の数は需要と消費とに応じて決定され、商品の品質は購買者の監視下で競争によって高められる⁽²⁹⁾。そこに見ら

響力を保持しており、第三身分の陳情書の多くは彼らの手によって作成された。Sée, *Histoire économique*, p.373.

(24) フランス革命と営業の自由の確立との関係については、稲本洋之助「フランス革命と『営業の自由』」高柳信一他編『資本主義の形成と展開Ⅰ』（東京大学出版会、1972年）179頁以下に詳しい。

(25) J. Mavidal et E. Laurent, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, première série (1787 à 1799) (以下、A.P.と表記), t.23, pp.625-628; J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil-d'État* (以下、Duvergierと表記), Tome deuxième, 2^e éd., Paris, 1834, pp.230-234. 比較法学第6巻第2号350-357頁に中村紘一教授による邦訳がある。

(26) この点については、89年宣言の第17条の「所有権は、一の神聖かつ不可侵の権利である」という文言は経済的自由を包含するものであったとの指摘がある。稲本洋之助「1789年の『人および市民の権利の宣言』」東京大学社会科学研究所編『基本的人権3』（東京大学出版会、1968年）126頁参照。

(27) 正式名称を「1791年3月2日＝17日の〔すべての消費税、すべての親方身分および宣誓組合の廃止および営業免許状の設定にかんする〕デクレ」(Décret portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes) という。デクレの制定過程については、中村・前掲注(13) 27-28頁および稲本・前掲注(24) 234-239頁を参照。

(28) A.P., t.23, p.199.

(29) *Ibid.*, p.200.

れるのは、市場の安定を公権力による規制ではなく自由競争に委ねようとする、重農主義の思想である。

以上の事情に鑑みて、彼は、すべての者はいかなる職業を行うも自由であると主張する⁽³⁰⁾。採択されたデクレの第7条は「すべての人は、自由に、そのよいと思う取引をおこない、そのよいと思う職業または手工業に従事することができる」と、そして第2条は「いかなる名称によってであれすべての職業上の特権は、同様に廃止される」と規定した⁽³¹⁾。これにより同業組合の廃止は決定的となった。

さらに、1791年6月14日＝17日のデクレ（ル・シャプリエ法）⁽³²⁾は、同業組合廃止を憲法上の原則と位置づけ、あらゆる職業的結合を禁ずる⁽³³⁾。フランスにおける自由競争の基礎はここに定まった。

(2) 「誠実」概念の連続性

中世以来「良き誠実なる経済」の思想が職業倫理を規定してきたことは既に述べたが、その具体的意味内容は同業組合内部の規制に表れている。例えば、親方志願者には徒弟奉公および主作品の提出が課せられ、規約には生産条件が詳細に規定されたが、このことには製品の品質を担保する意味があるといえる。また、親方が抱えることのできる職人および徒弟の数が制限され、価格などの販売条件が予め設定されていたことから過剰生産の抑制および商品の安定供給の目的がうかがわれる。したがって、職業上の誠実 (loyauté) とは購買者に対する良質な製品の安定的供給を意味するものであったと推測することができる。

こうした「誠実」の概念は、革命当時も残存していた。同業組合の存続を求める陳情書の中のあるものは、徒弟奉公を経ず何ら経験のない者が親

(30) *Ibid.*

(31) 訳は中村・前掲注(25)を参考に作成した。

(32) A.P., t.27, pp.210-213; Duvergier, Tome troisième, p.22.

(33) ル・シャプリエ法の歴史的意義については中村・前掲注(13)29頁以下を参照。

方となるのを問題視して、旧制度への復帰を要求する⁽³⁴⁾。一方、同業組合廃止を求める陳情書の中にも、徒弟奉公および主作品提出の制度の存続を要求するもの⁽³⁵⁾、技術の維持改良の目的を明示して、確実な技能証明を課すべきとするものがある⁽³⁶⁾。これらの事実は、中世以来の職業規範がなお重視されていたこと、および同業組合にそれを担保する役割が期待されていたことを示しているといえる。同業組合への批判の実質的根拠は、そのもたらす過度の営業独占にあった。

革命のイデオロギーは、営業独占および競争阻害という同業組合の弊害部分を治癒するに留まらず同業組合制度そのものを破壊することとなった。重農主義思想は市場の均衡と品質の維持とを自由競争に委ね、中間団体を介した公的規制をもはや必要としない⁽³⁷⁾。旧制度における生産者は、自由に利潤を追求する競争者へと変貌を遂げた。しかし、「誠実」は競争者の職業規範としてなおも存続したと考えられる。《concurrency déloyale》の規制がその表れである。自由競争には誠実という内在的制約が課されていたことになる。ただし、国家的干渉を排した自由競争の自己完結性が認められている限り、この制約要素が表面化することはない。それが競争者の行為規準として実際に機能するようになるのは、営業の自由の弊害が認識されてくる19世紀半ばである。フランスの不正競争法が形成されたのは、まさにこの時期であった。

二 不正競争の規制態様 ―不法行為法の適用を中心に―

ここでは、フランスにおいて不正競争として規制されている行為を、狭

(34) A.P., t.2, p.307.

(35) A.P., t.1, p.753., t.6, p.439.

(36) A.P., t.4, p.440., p.710.

(37) この考えは、国民議会でのダラルドの「この競争関係 (rivalité) は才能を高め改良するが、専制的な警察は才能を阻み、衰えさせる」という言葉に表れている。A.P., t.23, p.200.

義の不正競争，寄生行為および市場攪乱行為の3つの範疇に分けて検討していく⁽³⁸⁾。

1 伝統的不正競争の確立 ―狭義の不正競争―

(1) 不正競争概念の成立

A 不正競争訴権の確立

フランスの不正競争法は，不法行為規定である民法典1382条および1383条⁽³⁹⁾に基づいた判例理論によって形成されてきたが，その過程においては，自由競争を保障する営業の自由の原則をいかに制限するかという点が問題となった⁽⁴⁰⁾。

不正競争訴権は，一定の経済的自由を前提とする⁽⁴¹⁾。しかし，大革命において自由競争の法的根拠が与えられたからといって即座に不正競争訴権が登場したわけではなかった。経済的自由という法的土台の上にその社会的表れである資本主義が確立し，経済競争が活発にならない限り，不正競争自体が顕在化しないからである。フランスにおいて不正競争の一般的規制が現れてくるのは産業資本主義が展開しはじめた1850年代以降であるが⁽⁴²⁾，その経緯は以下のようなものであった。

(38) この分類は Y. Guyon, *Droit des affaires*, t.1, 12^e éd., Economica, 2003, n^{os} 839 et s. に依る。

(39) 不正競争が故意により1382条の適用を受ける場合には «concurrency déloyale», 過失により1383条の適用を受ける場合には «concurrency illicite» として区別するのが正式であるが，これらは通常 «concurrency déloyale» として統一的に扱われている。Cf. Com., 22 mars 1982, JCP 1982, IV, 201.

(40) 不正競争の規制において問題とされたのは，自由競争を護ることではなく，むしろこれを制限することであった。競争とは自律的に自らを護ることができるものであると考えられていたからである。古典派経済学の影響と言えよう。V. M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006, n^{os} 2 et s.

(41) P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t.1, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p.477.

(42) 商標の分野においては，革命期以来散発的な立法がなされていたが，1857年商標法 (loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce)

19世紀前半には、競争者に対する侵害および公衆の欺罔を防ぐ目的で、商品表示に関し若干の特別法が制定されていた⁽⁴³⁾。その一方で、制定法による規制を補って、裁判所は未寄託の商標の冒用を不法行為として制裁していた。しかしながら制定法の適用範囲は狭く、判例の側では、商標上に使用による所有権の成立を認め、この権利の侵害をもって不法行為とするという構成を採っていたために、不正競争規制は限定的なものにとどまっていた⁽⁴⁴⁾。営業の自由の絶対性の前に不正競争の範囲は極力狭められていたことになる。

これに対して、産業社会が確立し市民法を基礎づける自由主義から生ずる矛盾の是正が求められるに至り、営業の自由に制約を加える必要性が認められはじめる。その制約要素として判例により援用されたのが、「営業上の誠実」（loyauté commerciale）の概念であった。不正競争の規制においてこの概念を最初に適用したのは、リヨン控訴院1851年1月15日判決であったとされる。判決は、自他商品の混同を招来した被告は「営業上の誠実に明らかに反する手段」によって原告に損害を与えたとして原告の損害賠償請求を認容した⁽⁴⁵⁾。さらに、誠実が営業の自由の制約として機能する旨を明示したのがパリ控訴院1852年12月29日判決である。判決は営業の

は、寄託商標の保護に関する包括的な規定を置いた。経済競争の発展に伴う、識別標識の保護への関心の高まりを示すものである。V. *Ibid.*, p.81.

(43) 例えば、loi du 22 germinal an 11は寄託商標の偽造（contrefaçon）について損害賠償および刑事罰による制裁を規定していた。また、loi du 28 juillet 1824は商号の保護に刑事罰をもって臨んでいたが、同法は製品に付される商号のみを対象としていたために、その適用範囲は限定的であった。

(44) Krasser, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Bd. IV : Frankreich, 1967, S. 3. 不法行為の成立要件を権利侵害とする当時の民法通説の影響によるものと思われる。Cf. C. B. M. Toullier, *Le droit civil français*, t.11, 5^e éd., Bruxelles, 1824, n° 121.

(45) Lyon, 15 janv. 1851, DP, 1854, 2, 138. 事案は、包装紙製造業者である被告が、同業者である原告の製造に係る包装紙の色彩、装飾、賞牌等を模倣した商品を製造・販売したというものである。本件では商標権侵害は争われていないが、これは商標の寄託手続を経ていないことによるものと思われる。

自由が「神聖な原則」であることを認めつつも、「善意および誠実に導かれた商人の慣行 (usage)」に反する手段を用いることはこの自由に含まれていないとして、混同招来行為を行った被告に対し行為の差止および損害賠償を命じた⁽⁴⁶⁾。誠実違反による不法行為を認定するこれらの判断は、不正競争規制を権利侵害の場合に限定しようとする従来の判例からの脱却を示しているといえる。

こうして、不正競争は「営業上の誠実」に反する競争手段による不法行為として認識されることとなった⁽⁴⁷⁾。これを制裁する訴えは不正競争訴権 (action en concurrence déloyale) として一般の民事責任の訴えから区別される⁽⁴⁸⁾。実際、競争関係にある商人の間では一方が利益を上げれば他方に損害が生ずることは避けられない。競争は必然的に、顧客の横取り (détournement de la clientèle) 等の相手方の営業財産への侵害を伴う⁽⁴⁹⁾。自由競争の下ではそのような侵害は原則として合法であるが、しかし、それが不正な競争手段による場合には許されない。これにより、職業規範としての「誠実」は自由競争の制約要素として機能するに至った。

(46) Paris, 29 déc. 1852, DP, 1853, 2, 163. 事案は、被告が外装および看板において原告店舗に類似する店舗をその近隣に開設したというものである。

(47) 裁判所は当初から不正競争の差止を認めていた。例えば Paris, 19 janv. 1852, DP, 1852, 2, 267.

(48) 不正競争の性質については、これを顧客に対する排他権の侵害とする権利侵害説とこれを営業の自由の濫用とする権利濫用説とがあった。しかし Roubier は、顧客は排他権の対象となりえないとして権利侵害説を否定し、他方、制裁されるのは不正目的ではなく不正手段それ自体であるとして権利濫用説も否定している。彼はその上で、不正競争を民事的自由の踰越的使用 (usage excessif de la liberté civile) と定義し、踰越の有無の判断基準として職業慣行を挙げた (Roubier, *op. cit.*, pp.518-531)。職業慣行に反する行為を自由競争の逸脱として規制する手法は判例の用いてきたものであり、現在の学説もこの考えに従っている (例えば, J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, n° 7)。

(49) Paris, 29 déc. 1852, précité では、まさに店舗の混同による顧客の横取りが問題となった。

B 同業体的規制と不正競争

不正競争の違法性判断基準である誠実は、19世紀以来、職業慣行を内容とすると考えられてきた⁽⁵⁰⁾。競争者の行為規準がこのような倫理的にとらえられたことは何を意味するのだろうか。

不正競争法は、近代私法によって保障された自由競争に対する制限として登場した。経済の均衡を自由競争に委ねる重農主義思想の影響から営業自由の原則は社会の調和という帰結を内包すると考えられ、近代私法もやはりこの前提に立脚していた⁽⁵¹⁾。ところが、近代私法の社会的表現である資本主義は不正競争という矛盾を露呈し、そこに「資本主義経済の発展過程に生ずる現実的な社会調和的要求を満たす」⁽⁵²⁾ 必要性が認識されるようになる。不正競争法は、資本主義社会の弊害を是正する手段として位置づけられる。

そこでの行為規準が、今日の競争法におけるような能率競争の歪曲性ではなく、職業規範に求められたことは、不正競争法が旧制度下の同業体的規制の延長上にあることを意味しているといえる。営業の自由は同業組合の職業独占を否定したのであり、職業倫理に基づく産業規制までも否定したわけではなかったからである。中間団体を通じて実施されていた職業者規制の伝統は、不正競争規制へと姿を変えて近代社会に受け継がれたことになる。職業慣行が不正競争性の判断基準として採用され⁽⁵³⁾、長い間妥当してきた⁽⁵⁴⁾ のはそのためであると思われる。

(50) V. Roubier, *op. cit.*, p.535.

(51) 資本主義の発展に伴う営業の自由の担い手の転換を指摘するものとして、渡辺洋三『「営業の自由」と近代法』高柳信一他編『資本主義の形成と展開Ⅰ』（東京大学出版会、1972年）1頁以下参照。

(52) 金沢良雄『経済法（新版）』（有斐閣、1980年）21頁

(53) Paris, 29 déc. 1852, précité.

(54) ヴィシー政権下において商業組織一般委員会（comité général d'organisation du commerce）が作成した「不正競争法典」（Code de la concurrence déloyale）の第1条は、不正競争を「職業上の慣行または誠実に反する手段を用いて…顧客を横取りまたは横取りするおそれのある…商人の行為」と定義する。V. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ,

革命で中間団体が否定された以上、もはや同業組合による規制はありえない。商人は自己の営業財産に対する権利を護るために不法行為法に頼り、その結果、不正競争法は商人間の利害調整制度としての性格を帯びる。以下では、不正競争行為の諸類型を列挙していくこととする。

(2) 不正競争行為の諸例

A 混同招来

一般に模倣 (imitation) と呼ばれる古典的な不正競争類型で、他人の表示を冒用し顧客の心理において自他商品等の混同を惹起する点に違法性がある。混同のおそれ (risque de confusion) を生じる行為であればフォートすなわち不正競争と判断されるが、混同のおそれの認定の際には表示使用者と冒用者との競争関係の立証が重要となる⁽⁵⁵⁾。顧客の横取りは同一の取引分野でなければ生じないからである。一方で、一般不法行為法に依拠するため表示の種類および存在形式についての制約はない。結果的に混同が生じればよく、その手段は問われない。

冒用対象の典型例は、商号、商標等の識別標識 (signe distinctif) である。わが国の不競法 2 条 1 項 1 号のような混同立証の要件事実の指定はないので周知性の証明は基本的に不要であるが、少なくとも表示の生来的な識別力は必要とされる⁽⁵⁶⁾。また、混同招来の手段は問われないため冒用対象からみた規制範囲は広範に及ぶ。判例は、商品形態⁽⁵⁷⁾、商品包

1951, n° 86.

(55) 表示冒用の規制において競争関係が前提とされることは、「特定性の原則」(principe de la spécialité) という言葉で表現される。表示はその指し示す特定の商品役務等への使用についてしか保護されないということである。著名表示にもこの原則が妥当するとした事例として、Com., 27 mai 1986, D. 1986, 526, n. S. Durrande.

(56) 表示が識別標識であるためには、それが総称的 (générique), 必然的 (nécessaire) または説明的 (descriptif) でないことが必要とされる。Lyon, 14 déc. 1984, JCP 1979, II, 19256, n. J.-J. Burst et P. Nuss.

(57) ベッドの形態および色合について Com., 6 déc. 1984, D. 1987, Somm. 42,

装⁽⁵⁸⁾、宣伝スローガン⁽⁵⁹⁾、店舗の内装⁽⁶⁰⁾等の冒用による混同招来を認めている。

B 営業誹謗

営業誹謗（dénigrement）は、競争者の商品、成果または競争者本人の信用を毀損する行為と定義される⁽⁶¹⁾。被誹謗者の顧客を奪う性質を有する古典的な不正競争類型である。流布される言辞には競争者を直接誹謗するもの⁽⁶²⁾のみならず、自己に関する誇大な情報によって競争者を相対的に誹謗するものも含まれる⁽⁶³⁾。なお、わが国の不競法とは異なり流布された事実が虚偽である必要はなく、真実であってもそれが被誹謗者の信用を毀損する場合には不正競争となりうる⁽⁶⁴⁾。

営業誹謗の典型的手段のひとつに比較広告がある。これはフランスにおいて原則として違法とされてきた行為であるが⁽⁶⁵⁾、破毀院は1986年7月22日判決で価格に関する比較広告を容認する判断を示すことにより従来の原則を緩和した⁽⁶⁶⁾。同判決は立法にも影響を与え、現在は消費法典が一定の条件下で比較広告を許容している⁽⁶⁷⁾。

obs. J.-J. Burst.

(58) 香水の小瓶および包装について TGI Paris, 3 juill. 1987, D. 1988, Somm. 396, obs. J.-J. Burst.

(59) Paris, 30 avril 1963, JCP 1963, II, 13243.

(60) Paris, 24 oct. 1964, D. 1965, 248.

(61) Lyon, 21 mai 1974, JCP 1974, IV, 336.

(62) 特許権侵害の警告を不正競争としたものに Paris, 9 févr. 1989, D. 1989, IR. 86.

(63) Paris, 9 avril 1992, D. 1992, IR. 164.

(64) 未確定の裁判について広告する行為を営業誹謗としたものに Paris, 14 févr. 1958, JCP 1958, II, 10535, n. P. Esmein.

(65) A. Pirovano, «La concurrence déloyale en droit français», RID comp. 1974, n° 36.

(66) Com., 22 juill. 1986, D. 1986, 436, n. G. Cas.

(67) 消費法典 L.121-8条は比較広告が認められる条件として、①虚偽（trompeuse）または誤認的（de nature à induire en erreur）でないこと、②同一の需要に応えまたは同一の目的を有する商品役務を対象とすること、③商

C 競争企業の攪乱

競争企業の攪乱 (*désorganisation de l'entreprise rivale*) とは、混同招来および営業誹謗以外の手段によって競争相手の生産手段、販売手段および企業組織に混乱を生じさせる行為である。競争相手に対する直接の加害を内容とするので、不法行為としての規制に適合する。

a 営業秘密の不正取得等

フランスでは、営業秘密は一般にノウハウ (*savoir faire*) と呼ばれる⁽⁶⁸⁾。判例には、顧客情報を得るために競争者に雇い入れられ、その後自ら会社を設立して競争者の顧客を奪う行為を不正競争としたものがある⁽⁶⁹⁾。また、競争相手である新聞の購読者の住所を知得して、明らかに競争者の活動を妨害する意思をもって購読者に自己の新聞を送りつける行為も違法とされた⁽⁷⁰⁾。以前雇われていた企業の顧客等に関する情報を新たな雇主に開示する行為も不正競争とされる⁽⁷¹⁾。

b 従業員の引抜き

労働の自由の原則から雇用契約の締結は自由であり、企業は高い報酬を提示することで競争者の従業員を引抜くことができる。よって、雇主に対し競業避止義務を負っていない従業員の引抜きは基本的に認められる⁽⁷²⁾。しかし、引抜かれる従業員の数、提示された報酬額等から不正と判断される手段を用いた場合は不正競争にあたる⁽⁷³⁾。一方、競業避止義

品役務の主要、適切、確認可能かつ代表的な特徴を客観的に比較することを挙げている。こうした特徴には商品役務の価格が含まれる。

(68) ノウハウとは、製品の製造、製品もしくはサービスの商品化およびそれを行う企業の資金調達の方法と内容とする知識を指すとされる（中村紘一他編『フランス法律用語辞典（第2版）』（三省堂、2002年）284頁）。

(69) Com., 8 janv. 1979, D. 1979, IR. 248.

(70) TC Rouen, 3 juill. 1950, D. 1951, Somm. 2.

(71) Com., 24 nov. 1970, D. 1971, Somm. 58. 他に営業秘密の開示行為を違法とした事例として Rouen, 13 janv. 1981, JCP 1982, éd. CI, 11049, obs. J.-J. Burst et J.-M. Mousseron.

(72) Com., 9 nov. 1987, D. 1988, Somm. 213, obs. Y. Serra.

(73) これらの要素を考慮して不正競争の成立を否定した判決に Soc., 5 oct. 1981,

務を負う者であることを知りつつこれを引抜く行為はそれ自体で不正競争となる⁽⁷⁴⁾。

c 契約の横取り

自由競争は契約の自由によって実現されるけれども、不正な手段を用いて競争者の顧客を自己との契約締結に導く行為は不正競争とされる。契約の横取りは退職した従業員によって行われることが多い。中古車販売業関連の新聞社を退職しその競争企業に再就職した従業員が、従来の顧客に電話調査を行う際に双方の企業の混同を招来し、場合によっては元の企業を誹謗したという事案で、従業員およびこれを雇用した企業の不正競争行為を認定した判決がある⁽⁷⁵⁾。また、香水製造業者が小売業者から競争者の商品を買取ることによって当該小売業者と長期の継続的供給契約を締結したという事案において、製造業者の行為が職業の誠実な慣行に反するとし不正競争の成立を認めた判決もある⁽⁷⁶⁾。

d 販売網の攪乱

商品の供給者は、販売者と排他的供給契約を結ぶことによって自己商品の販売網を形成する。商標品の輸入販売において多く採られる手段である。判例は、こうして形成された販売網に属さない第三者が、その存在を知りつつ別経路で商品を調達し販売する行為を不法行為としてきた⁽⁷⁷⁾。しかし破毀院商事部1983年2月16日判決は、並行輸入の事案につき、フランス国内の独占的販売権者を通さずに商標品を輸入販売する行為それ自体では不正競争とならないと判断した⁽⁷⁸⁾。同様の判決はその後も続き⁽⁷⁹⁾、

Gaz. Pal. 1982, I, pan. 89. 営業チーム全体の引抜きを違法とした判決に Paris, 11 févr. 1991, D. 1992, Somm. 49, obs. Y. Serra.

(74) Com., 20 févr. 1979, D. 1979, IR. 317.

(75) TC Seine, 22 déc. 1953, JCP 1954, IV, 23.

(76) Paris, 4 nov. 1978, D. 1977, 405, n. J. Vuitton.

(77) Com., 11 oct. 1971, D. 1972, 120.

(78) 16 févr. 1983, D. 1984, 489, n. D. Ferrier.

(79) Com., 27 mai 1986, JCP 1986, IV, 224.

並行輸入は原則として適法とされている。ただし、当該商品が真正品であることの証明がない場合、その販売行為は不正競争となる⁽⁸⁰⁾。

e その他の攪乱行為

以上の他に、競争者の広告手段を妨害する行為も不正競争とされる。判例は、競争者の看板を遮蔽する看板の設置⁽⁸¹⁾、競争者の宣伝ポスターの毀損⁽⁸²⁾等を規制してきた。これらはいわゆる営業妨害に属する事例である。また、ボイコットを不正競争とした事例もある⁽⁸³⁾。生花配達チェーンを組織する企業が非加盟店からの配達注文を履行しないよう加盟店に義務づけたという事案において、破毀院商事部1980年1月28日判決は、当該企業の不正競争行為を認定した原判決を維持している⁽⁸⁴⁾。

2 不正競争の拡大 —「寄生行為」—

(1) 寄生行為概念の成立

上述のように、19世紀以来形成されてきた伝統的な不正競争概念は、行為者と被害者との競争関係の存在を前提とするものであった。しかしその一方で、投資の成果物たる経済的価値 (valeur économique) を無断で利用する行為は、それが競争者間で行われると否とを問わず規制すべきである、という認識が次第に形成されてきた⁽⁸⁵⁾。このような行為は、自己の

(80) Com., 27 oct. 1992, JCP 1992, éd. E, pan. 1354.

(81) Grenoble, 7 juill. 1980, JCP 1981, IV, 361 ; Com., 22 mars 1982, JCP 1982, IV, 201.

(82) Paris, 6 oct. 1954, D. 1954, 793.

(83) 取引拒絶は商法典上の競争法によっても規制される。それは契約自由の原則から基本的に適法であるが、競争者を市場から締め出すというような競争制限的效果を有すると判断される場合には違法となる。共同で行われる取引拒絶はカルテルとして、単独で行われるものは支配的地位の濫用として、反競争行為に該当しうる。V. Guyon, *op. cit.*, n° 868.

(84) Com., 28 janv. 1980, JCP 1981, II, 19533, n. J. Azéma.

(85) 寄生行為の概念をフランスに導入したのは Y. Saint-Gal, «Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires)», RIPIA 1957, p.19であるとされる (Burst, *op. cit.*, n° 179)。その後、この概念による

労力を費やすことなく他人の成果に只乗りして利益を得るものであることから、寄生行為（agissements parasites）と呼ばれている⁽⁸⁶⁾。その一例は、他人の著名表示をその対象商品と非類似の商品に使用する、いわゆる著名表示冒用行為である。この場合、著名表示の使用者と冒用者とは異なる取引分野に属しており、顧客が共通していないため、不正競争の要件とされてきた「顧客の横取り」は生じない。それにもかかわらず、投資努力の成果の経済的価値に着目してこれを保護しようとするところに、寄生行為理論の特徴がある。この理論によって、不正競争規制は一方で非競争者の行為に及び、他方で競争者の一層広範囲の行為を対象とするようになるが、その経緯は以下のようなものであった。

当初、寄生行為として想定されていたのは、非競争者間での著名表示冒用行為であった⁽⁸⁷⁾。この問題は1960年代から判例上に現れてきているが、初期の判例の代表的なものに、パリ控訴院1962年12月8日判決がある。自動車指定商品とする著名商標が冷蔵庫に使用された同事案において、判決は商標権侵害および不正競争の成立を否定しながらも、本件使用は商品の出所混同によって著名商標の識別力および顧客吸引力を低下させ原告に損害を与えるものであるとして、不法行為の成立を認めた⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾。同様に、

規制の拡充は多くの学説によって支持されてきた。その代表的なものに X. Desjeux, «Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (à propos de la sanction de la copie)», JCP 1985, éd. E, II, 14490 ; Ph. Le Tourneau, «Les professionnels, ont-ils du coeur?», D. 1990, chron. p.21.

(86) Saint-Gal, *op. cit.*, p.37. は、寄生行為を「他人に追従し、その者がなした努力ならびにその者の名称および商品の評判を利用することによって寄生すること」と定義している。

(87) Le Tourneau, *op. cit.*, p.25.

(88) Paris, 8 déc. 1962, D. 1963, 406, n. H. Desbois. 事案は、フランスの家電メーカーが、ゼネラルモーターズの有する自動車の商標「Pontiac」を冷蔵庫の名称として使用したというものである。当時のフランス商標法（loi du 23 juin 1857）には、現行の知的所有権法典 L. 713-5条のような著名商標保護の規定が存在しなかったため、商品の類似性の否定される本件において商標権保護を求めることは不可能であった。また、判決は「不正競争訴権は原告が被告商品と

パリ控訴院1975年4月30日判決⁽⁹⁰⁾は、非競争者による著名商号の使用について、当該商号の識別力および顧客吸引力の低下を理由に不法行為の成立を認めている。このように、違法性の根拠は、表示が備えている識別力または宣伝力の希釈化に求められてきた。著名表示冒用行為の規制は、著名性を経済的価値として保護する点ではたしかに寄生行為理論の所産である。しかしそれは、只乗りの結果として生ずる表示の希釈化に実質的な違法性を認めるものであり、相手方への加害を要件とする不法行為主義の枠内に留まるものといえる⁽⁹¹⁾。

経済的価値を有する成果の冒用は、競争者間においても問題となる。ここでの寄生行為は特に寄生競争 (*concurrence parasitaire*) とも呼ばれている⁽⁹²⁾。80年代には、寄生行為理論の拡張による企業成果の保護が学説上論じられるようになるが⁽⁹³⁾、そこでは、知的財産権の保護対象から除外される成果の保護が議論の中心を占めていた⁽⁹⁴⁾。こうした学説の影響により、判例も、競争者による成果冒用の規制を拡大する方向に動いてきて

同一または類似の商品を販売していることを前提とする」として、不正競争の成立も否定している。なお、最終的に差止および損害賠償は認められず、出所混同を回避するための訂正広告のみが命じられた。

- (89) ここにいう出所混同とは、判決が «la confusion quant à l'origine des produits» と述べるものであり、日本法にいう「狭義の混同」にあたる。判決は、損害の発生を認定するにあたり、消費者が冷蔵庫の出所をゼネラルモーターズと誤認することによって《Pontiac》の表示の希少価値が損なわれ、その結果顧客吸引力が低下する、という論理を採用している。わが国の不正競争防止法2条1項2号の解釈論（渋谷・前掲注（2）75-76頁）とは異なり、著名表示が多種類の商品に使用されることから直接に表示の識別力の低下を導いているわけではない。

(90) Paris, 30 avril 1975, JCP 1977, II, 18731, n. R. Plaisant.

(91) Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 495.

(92) Burst, *op. cit.*, n° 199.

(93) Ph. Le Tourneau, «Variations autour de la protection du logiciel», *Gaz. Pal.* 1982, 2, Doctr., p.370.

(94) 企業の投資の成果である発明、創作物、宣伝方法等が排他権の対象とならない場合について、それらの冒用の不法行為法による規制を論ずるものとして、Desjeux, *loc. cit.*

いる。代表的な事例に、パリ控訴院1989年5月18日の2判決がある。これらはいずれも、競争者の先行投資への只乗り行為の違法性を認めている⁽⁹⁵⁾。一般に、只乗りの対象となっている成果が商品表示、商品形態、宣伝コンセプト、カタログ内容であることを考えると、寄生競争行為は、模倣による混同招来行為として規制することが可能なものであることが解る。従来の模倣の場合と異なる点は、寄生行為理論がこれらの只乗りの対象を経済的価値とみなし、その冒用から生ずる「不当な節約」(*économie injustifiée*)⁽⁹⁶⁾に違法性の根拠を求めていることである⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾。したがって、寄生競争の分野に関して言えば、寄生行為理論の意義は、行為類型の拡大よりもむしろ不正競争性の根拠の多様化にあるものと解される。

寄生行為理論が著名表示の保護という限定された範囲から、企業の成果一般の保護へと拡張されてきた背景には、経済的視点に基づいた市場の機能への配慮がある。事実、寄生行為の拡大を支持する学説は市場の調整の目的を掲げており⁽⁹⁹⁾、判例の中には、成果冒用によって「自由競争の作用 (*le jeu de la libre concurrence*) が歪曲される」と指摘するものが存在する⁽¹⁰⁰⁾。混同による売上げ減少に比べ、投資の成果が冒用されたことのみから生ずる損害は当該成果が著名性を備えている場合でない限り一抽象的かつ不確実であるので、不法行為主義には本来親しまないはずである⁽¹⁰¹⁾。それにもかかわらず判例が只乗り自体に違法性の根拠を見出すの

(95) Paris, 18 mai 1989, deux arrêts, JCP 1989, éd. E, I, 18706.

(96) Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 517.

(97) 結果的に寄生行為の成立を否定した事例であるが, Toulouse, 19 oct. 1988, D. 1989, 290, n. J.-J. Barbieri. は、寄生行為を、混同を伴わない成果冒用行為と定義づけている。

(98) このアプローチは、模倣自体を違法とする点で知的財産権保護の実質的延長といえる。これに関連して、寄生行為の拡大傾向を批判するものに J. Passa, «Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique», D. 2000, chron., p.297.

(99) Desjeux, *op. cit.*, n° 33; Le Tourneau, *op. cit.*, p.26.

(100) Paris, 18 mai 1989, 1^o, précité; D. 1990, 340, n. L. Cadiet.

(101) 寄生行為から損害が生じにくい点を指摘するものとして M. Malaurie-

は、それが市場の機能の維持にとって有害であるからに他ならない。寄生行為理論の意義は、不正競争性の判断、すなわち自由競争の許容範囲の画定に機能的観点を与えることによって、伝統的不正競争理論を補完した点にあると考えることができる。

以下では、寄生行為の諸類型を列举していくこととする。

(2) 寄生行為の諸例

A 著名性への寄生

寄生行為理論は、著名表示を、その用いられる取引分野以外での冒用に對しても保護することを目的として考え出されたものである。表示が著名であるとは当該表示がその名義人たる企業の顧客以外にも知られていることをいい、そのように特定の取引分野を超えて識別力を有する点に広範な保護の必要性が見出されている⁽¹⁰²⁾。よってフランスでは、著名性は識別力を要素とする概念ということになる。ただ、著名表示冒用による損害を表示の価値低下 (dévalorisation) に求めた事例も見られることから、良質感もまた著名性の要素に含まれているといえることができる。

先に紹介した以外に、表示が備えている識別力または宣伝力の希釈化によって寄生行為と認定された例として、著名な鉄道の名称を玩具に用いた事例⁽¹⁰³⁾が挙げられる。また、地方の既製服メーカーがパリの高級服ブランドの名称を自己の広告に無断で引用する行為も、顧客吸引力の冒用にあたるとして制裁されている。この事例では、後援関係の偽装によるブランドの名声 (prestige) の侵害が認められた⁽¹⁰⁴⁾。良質感が著名性の要素と考えられていることの一例といえる。

以上は只乗りによって著名性への侵害が生じた例である。これに対し、

Vignal, «Parasitisme et notoriété d'autrui», JCP 1995, I, 3888, n° 17.

(102) V. Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 510.

(103) Paris, 21 nov. 1991, D. 1992, IR. 37.

(104) Bordeaux, 13 oct. 1964, D. 1965, 607, n. J. Ghestin.

著名な原産地名称を香水の名称として使用する行為について、希釈化および価値低下の証明なしに寄生行為の成立を認めた判決がある⁽¹⁰⁵⁾。只乗り自体の悪性を強調するこの判決の手法は、次に述べるように、投資一般への寄生を制裁する事例において採られてきたものである。

B 投資への寄生

寄生行為は、競争者の投資の成果を冒用する行為に広く適用されてきた。著名性も宣伝広告等の投資の結果得られた成果といえるが、ここでは、著名性に限らず他人の投資一般に只乗りする行為に関する事例を紹介する。

下請業者に注文して製作させた図面を、その競争者である他の下請業者に無断で使用させた行為について、不法行為の成立を認めた事例がある⁽¹⁰⁶⁾。判決は、当該図面は著作権による保護の要件を満たしていないけれども図面の冒用は研究成果の横取りにあたるとしてフォートの存在を認めた。寄生行為の事例では、このように知的財産権の補完が意識されることが多い。他に、旅行代理店が競争者のカタログを複製する行為について、両者の混同および顧客の横取りが生じないとしても複製者の行為は損害を生じさせるものであるとして不正競争の成立を認めた事例もある⁽¹⁰⁷⁾。

寄生行為の広範な規制が実質的に排他権の拡張となる点については批判もある⁽¹⁰⁸⁾。実際、パリ控訴院2000年10月18日判決は、知的財産権の対象でない成果は自由に複製することができるという原則を確認し、商品形態の模倣はそれ自体では不正競争または寄生行為にあたらないという、判例変更ともとれる判断を下している⁽¹⁰⁹⁾。しかし同判決は、被告が原告商品

⁽¹⁰⁵⁾ Paris, 15 déc. 1993, D. 1994, J. p.145, n. Ph. Le Tourneau.

⁽¹⁰⁶⁾ Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983, 53, n. A. Lucas.

⁽¹⁰⁷⁾ Paris, 26 juin 1987, D. 1987, IR. 230. この判決は、競争者間で行われる寄生行為をも不正競争と呼んでいる。寄生行為は競争関係にある企業を対象とする場合には不正競争行為であると明言した判決として Com., 26 janv. 1999, D. 2000, Cah. dr. aff., p.87, n. Y. Serra.

⁽¹⁰⁸⁾ Passa, *op. cit.*, n^{os} 6 et s.

の著名性を不当に利用していないとも指摘しており、悪性のある只乗りまでも放任するものではないと思われる。規制の基準の明確化が今後必要とされるであろう。

3 不正競争と公益 —「市場の攪乱」—

(1) 公益侵害行為の民事的規制

A 不正競争規制における市場保護の観点

これまで再三述べてきたように、フランスの不正競争法は不法行為規定を根拠条文とする。したがって、その規制対象は本来、特定の個人に対する加害行為に限定されるはずである。ところが実際には、行為者の属する市場全体に対する加害を内容とする公益侵害行為もまた、不正競争行為の一類型をなすとされてきた。このような行為は、一般に「市場の全体的攪乱」(*désorganisation générale du marché*)と呼ばれている⁽¹¹⁰⁾。不正競争の一類型とされる理由は、それによる侵害が「ある職業の構成員全体を対象とする」⁽¹¹¹⁾性質を有する点にあるようである。

公益侵害型の競争行為については、今でこそ消費法典および商法典などの成文規定に基づく規制が存在するが、そのような制定法のない時代には、市場全体への侵害行為といえども不正競争として民事規制を講ずるほかなかった。そのためか、以前は多くの行為類型が市場攪乱行為に分類されていた。虚偽広告、品質誤認表示、取引拒絶、不当廉売などがその例として挙げられる⁽¹¹²⁾。

問題は、主に公益を害するこれらの行為が、不法行為主義のもとでいかに規制されてきたかということである。例えば虚偽広告は、消費者を直接の被害者とするため、虚偽広告を行った者の競争者が不法行為の訴えによ

(109) Paris, 18 oct. 2000, D. 2001, Cah. dr. aff., p.850, n. J. Passa.

(110) Y. Serra, *Le Droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p.49; Burst, *op. cit.*, n° 168.

(111) Guyon, *op. cit.*, n° 853.

(112) Roubier, *op. cit.*, pp.564-581.

りこれを制裁することは極めて困難といえる。けだし、競争者にとって、損害および因果関係の立証は困難だからである⁽¹¹³⁾。現在、虚偽広告が制定法上で刑事規制の対象とされている⁽¹¹⁴⁾ことに鑑みれば、この行為が第一に公益を侵害するものと考えられていることは明らかである。しかし判例は、このような場合に事業者団体のみならず競争者個人にも不正競争訴権の行使を認めてきた⁽¹¹⁵⁾。虚偽広告などの市場攪乱行為については、「顧客の横取り」の損害は立証困難であることが指摘されていることから損害賠償を得るのは難しいと思われるが、不正競争行為の存在さえ立証されれば差止は可能であるとされている⁽¹¹⁶⁾。このような態度の背景には、市場の利益を害する性質の行為である以上その規制手段は広範であるべきという考えがある。実際、虚偽広告に基づく競争者の訴えを受理すべきとした判決は、その行為が「誠実な競争の自由な作用（le libre jeu de la concurrence loyale）を歪曲する」ものであることを根拠として挙げている⁽¹¹⁷⁾。

現在では、例えば虚偽広告は消費法典において規制され、取引拒絶はカルテルから生ずる共同行為として商法典において規制される、というように、競争法規定が整備されているため、市場攪乱行為を不正競争として規制する必要性は低下してきている⁽¹¹⁸⁾。しかしながら、立法がなされるま

(113) 虚偽広告と同様に消費者を直接の被害者とする、原産地誤認表示行為および質量等誤認表示行為について、渋谷・前掲注（2）154-156頁、161-162頁を参照。

(114) 虚偽広告（publicité mensongère）の禁止は1963年7月2日の法律によってフランスに導入され、その後1973年12月27日の法律が誤認的（de nature à induire en erreur）広告にも禁止を及ぼした。現在は消費法典 L. 121-1条が虚偽（fausses）および誤認の広告を規制している。刑罰は自然人については L. 213-1条、法人については L. 213-6条が定めている。

(115) Roubier, *op. cit.*, p.509. また、上記1973年12月27日の法律第45条に規定された附帯私訴の事例であるが、Paris, 18 juin 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, 770, n. J.-C. Fourgoux は、競争者の一人が提起した損害賠償請求を受理すべきとした。同判決の評釈では、虚偽広告に対し競争者または職業組合が不正競争訴権を行使することができる点は判例上争いがないとされている。

(116) Roubier, *op. cit.*, p.509.

(117) Paris, 18 juin 1980, précité.

での間、不正競争法は不十分ながらその代役を果たしてきたのであり、制定法によってこれらの公益侵害行為に刑事規制および行政規制が及ぶようになってからも、不正競争訴権として民事上の訴えが提起されることがある。その場合の規制対象行為は、禁止競争 (concurrency interdite) と呼ばれ、法律上の禁止規定に反する不正競争行為であるとされている。

この禁止競争行為には、商法典の競争法規定によって規制されているものが含まれる。これはフランスの反独占法にあたるが、最近では、不正競争法は反独占法とともに競争法 (droit de la concurrence) というひとつの法分野を形成すると考えられているようである。したがって、不正競争の概念の検討にあたっては、制定法たる競争法の法目的および規制対象を確認しておく必要があると思われる。

B 反独占法との関係

a 競争法の制定

大革命における営業の自由の承認によって旧制度との断絶を宣言したフランスでは、経済への国家の関与が制限されていた。19世紀の経済的自由主義は、古典派経済学の影響から国家による規律を排した自由競争に市場の均衡を委ね、それゆえ競争に関する特別法は断片的なものでしかなかった⁽¹¹⁹⁾。米国で1890年に成立した反トラスト法のような自由競争の擁護を目的とした国家法の制定がフランスで行われるようになるのは、20世紀後半のことであった。

「市場における企業間の自由競争を維持することを目的とする」⁽¹²⁰⁾と定

(118) 現在、市場攪乱行為として紹介されているのは、価格による不当誘引 (prix d'appel) および営業規制に違反する出抜き等である。Cf. Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 537 et s. ; Burst, *op. cit.*, n° 168.

(119) Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 3. 例として1810年刑法典419条が挙げられる。同条は、「商業の自然かつ自由な競争が決定したであろう」価格より高く、またはそれより低く価格を設定することを可能とする「同一の商品または食料品の主な所持者のあいだの結合 (réunion) または協定 (coalition) によって」ことを罰していた。

(120) A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*.

義される競争法が市場経済を前提とすることはいうまでもないが、現在の競争法が成立する以前、フランスでは統制経済政策（dirigisme）⁽¹²¹⁾の時期が長く続いた。恐慌への対処のために導入された価格統制は第二次大戦後も1945年6月30日のオールドナンス⁽¹²²⁾によって維持され、これにより自由競争は一時頓挫することとなる⁽¹²³⁾。その後統制政策は緩和の方向に向かい、1950年代以降は上記1945年オールドナンスの改正を通じカルテル等の競争制限を規制し競争を促進するための競争法が次第に形成されていった。しかしながら、規制には主として刑事訴追の方法が用いられ、刑事規定の発動は行政庁の判断に委ねられるというように、権威主義的性格は依然残っていた。経済の自由主義化の目標が承認されるには、統制経済政策に終止符を打った1986年12月1日の「価格および競争の自由に関するオールドナンス」⁽¹²⁴⁾の制定を待たねばならなかった。

86年のオールドナンスは、統制経済から市場経済への移行および国内競争法の共同体法への接近という目的の下に制定された⁽¹²⁵⁾。それは、価格統制の廃止によって競争の自由を確認する⁽¹²⁶⁾と同時に、競争制限の規制によって市場経済を擁護するための手段を規定する競争法、とりわけ反独占

e, 2^e éd., LGDJ, 2004, n° 1.

(121) 訳語は山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）171頁に依る。

(122) ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

(123) 第一次大戦および1930年代の世界恐慌とともに、国家はそれまでの自由主義から干渉主義へと政策を転換した。第二次大戦後には企業の国有化および上記1945年オールドナンスに基づく価格統制が進められた。V. Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 4; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3^e éd., Armand Colin, 2005, n° 3.

(124) ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

(125) A. et G. Decocq, *op. cit.*, n° 12.

(126) オールドナンスの第1条（現、商法典L. 410-2条）は以下のように規定する。「法律が別様の定めをする場合を除き、1987年1月1日以前に1945年6月30日のオールドナンス第1483号の適用を受けていた財物、商品および役務の価格は、競争の作用によって（par le jeu de la concurrence）自由に決定される」。

法である。経済に対する公的関与はなお存続するが、その役割は自由競争の正常な作用を担保することに限定される。このことは、競争問題を担当する機関としてわが国の公正取引委員会に相当する競争評議会 (Conseil de la concurrence)⁽¹²⁷⁾ が新たに設置され、それまで経済金融担当大臣が有していた競争制限の制裁権限がこの機関に委ねられた点に表れている。現在このオルドナンスは商法典に組み入れられ、同法典の第 4 編 (L. 410-1 条以下) を構成している。

b 規制対象

商法典上の競争法によって禁止される行為は次の二つに大別される。すなわち、競争評議会の決定に基づいて行政規制を受ける反競争行為 (pratiques anticoncurrentielles)、および司法裁判所において刑事規制または民事規制を受ける競争制限行為 (pratiques restrictives de concurrence) である。以下、それぞれについて若干の説明を加える。

反競争行為に分類される行為は、カルテル (entente)⁽¹²⁸⁾ および支配の濫用 (abus de domination) である。後者はさらに、支配的地位の濫用 (abus de position dominante)⁽¹²⁹⁾ と経済的従属性の濫用 (abus de dépendance économique)⁽¹³⁰⁾ とに区別される。これらの行為に特徴的な点は、規

(127) 競争評議会は、国家に対し独立性を有する独立行政機関 (autorité administrative indépendante) であり、司法系統または行政系統の裁判官 8 名、経済分野または競争と消費の分野の専門家 4 名、および製造・販売等の職業部門の代表者 5 名から構成される (商法典 L. 461-1 条 2 項)。V. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, 2000, n^{os} 495 et s.

(128) 企業間の協調行為、協定、明示もしくは黙示の合意または談合である (L. 420-1 条)。排他的販売網の形成、価格協定、生産制限協定等が挙げられる。V. Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n^{os} 276 et s.

(129) 企業が、域内市場または域内市場の主要部分における支配的地位を濫用的に用いる行為である (L. 420-2 条 1 項)。排他的供給契約による相手方の従属の強化、原材料供給の拒否による競争者の排除等が挙げられる。V. Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n^{os} 254 et s.

(130) 顧客または供給者が自己に対して経済的従属状態にある場合に、その経済的従属状態を濫用的に用いる行為である (L. 420-2 条 2 項)。支配的地位の濫用と異なり、行為者が市場支配力を有していることを要しない。大規模流通業者

制の場面において、当該行為の客観的成立に加え、それが市場に及ぼす影響が考慮されることである。カルテルおよび支配的地位の濫用については、行為が「市場における競争の作用を阻害し、制限または歪曲する」目的または効果を有すること⁽¹³¹⁾、経済的従属性の濫用については、行為が「競争の作用または構造を害するおそれがある」こと⁽¹³²⁾がそれぞれ規制の要件とされている⁽¹³³⁾。これらの要素は反競争行為の制裁権限をもつ競争評議会によって認定される。競争評議会は公益擁護の観点から、市場における実質的な競争制限をもたらす行為—例えば、価格を人為的に設定する価格カルテル—を選択的に規制することになる。反競争行為に関する規定の目的が「市場の適正な作用」(le bon fonctionnement des marchés)⁽¹³⁴⁾の維持にあると説明されるゆえんである。

これに対し、競争制限行為は法文に規定された行為要件の充足のみをもって規制の対象となる。刑事責任を発生させるものには不当廉売 (revente à perte)⁽¹³⁵⁾ および再販売価格拘束 (revente à prix imposé)⁽¹³⁶⁾ があり、民事責任の原因となるものには差別的取扱い (pratique discriminatoire) 等⁽¹³⁷⁾ が規定されている。反競争行為と異なり、これらは

と生産者との間の取引関係の規律が主な目的とされる。V. P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial*, t.1, Economica, 2005, n^{os} 689 et s.

(131) L. 420-1条および L. 420-2条 1 項。

(132) L. 420-2条 2 項。

(133) この点は、わが国の独占禁止法上、私的独占および不当な取引制限の成立について、行為要件に加え「公共の利益に反し」「一定の取引分野における競争の実質的制限」という状態要件が規定されていることと類似する。独占禁止法の行為規制とその基準については、金沢・前掲注 (52) 174-182頁参照。

(134) Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n^o 21.

(135) 商品を、その状態で、実際の買入価格未満の価格で転売する行為である (L. 442-2条)。なお、注 (151) も参照。

(136) L. 442-5条。転売者に対し商品の再販売について最低価格を課す行為はすべて禁止される。

(137) 民事的制裁を受ける競争制限行為は L. 442-6条 1 項にまとめられている。差別的取扱い (1^o)、取引の相手方に不当な利益を提供させる等の相手方に対する搾取 (2^o ないし 4^o、7^o) および確立された取引関係の破棄 (5^o) が禁止され

当該行為の市場への影響を考慮することなく行為それ自体として規制される。実際、競争制限行為に分類されているのはおよそ経済的強者でなければ実行しえない取引方法といえる。それらが行為要件への該当性のみをもって禁止されるのは、フランスの立法者が、経済的上下関係の存する場合には市場の作用が保たれないという認識を前提としているからである⁽¹³⁸⁾。競争制限行為の規制目的は、流通業者の支配力を規律することにあると説明されている⁽¹³⁹⁾。

以上のように、商法典上の競争法は総じて競争制限的な行為を規制している。殊に反競争行為法の場合には、公益である自由競争市場を保護法益とする結果、行為の違法性は「自由競争の作用」の歪曲に求められている。自由競争の作用の具体的意味内容は、商品の良質と廉価による淘汰作用にあると解されているようである⁽¹⁴⁰⁾。この観点から見た場合には、規制目的において反競争行為と異なるとされる競争制限行為も、たとえ個別的にはあれ自由競争の作用を害する行為であるということが出来る。両者の相違は、規制において行為要件の他に市場への影響が加味されるか否かという点にある。

最後に、この自由競争作用の歪曲という違法性判断基準が不正競争の分

ている。

(138) Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 420.

(139) *Ibid.*, n° 421 et 423.

(140) 競争について、フランスの概説書には以下のような記述がある。例えば、「顧客は最も安く売かつ最も良質の商品を提供する者と取引するのである以上、凡庸な商人は市場の規則の自由な作用によって淘汰されるはずであろう」(Guyon, *op. cit.*, n° 838), 「この(競争行為の)概念は、…当該経済主体が最も安い価格に対する最も良い品質という武器のみによって当該市場における自己の地位を強化しようとせず、市場の通常的作用以外の手段によって支配的地位またはいくつかの相手方の支配を利用することを目的とする支配行為を、その反対物とする」(A. et G. Decocq, *op. cit.*, n° 7) 等である。日本でも、独禁法上の不公正な取引方法の構成要件である公正競争阻害性に関して、公正な競争とは「能率による競争(良質廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとする)が行われる状態」であると説明されている(今村成和『独占禁止法〔新版〕』(有斐閣, 1978年) 96頁)。

野でも用いられてきていることを指摘する必要がある。直前に述べた市場攪乱行為についてのみならず、寄生行為についても裁判所が自由競争の作用に言及していたことを想起されたい。不正競争性の判断は、従来の職業慣行を内容とする倫理的なものから競争の作用の維持という機能的なものに変化しつつある、と考えられるが、詳細は後述の実質的意義における不正競争に関する箇所に譲ることとし、以下では市場攪乱行為の諸類型を列挙していくこととする。

（2）市場攪乱行為の諸例

A 虚偽広告

虚偽広告は、顧客を直接の被害者とする行為である。よって、虚偽広告を含む誤認的表示については、公益擁護の観点から刑事規定が設けられている。虚偽広告者の競争者が損害を被るのは誤認的表示が顧客の契約締結を決定づけた場合に限られるが、そのような事実の証明はおよそ困難である。したがって競争者の訴えを認容しようとする場合、裁判所は当該表示が顧客に与えた影響を推定せざるを得ないことになる⁽¹⁴¹⁾⁽¹⁴²⁾。

虚偽広告に基づく損害賠償の訴えについて事業者団体または競争者個人が原告適格を有することについては、判例上争いがない⁽¹⁴³⁾。具体的に見ると、実際には分割されている店舗について巨大な売場面積を有する1個の店舗であるかのように広告する行為⁽¹⁴⁴⁾、わずかな改訂しかなされていない辞書について新版であると広告する行為⁽¹⁴⁵⁾等が、競争者の訴えによ

(141) Krasser, a.a.O., S. 329.

(142) 刑事裁判の例であるが、フランス製の靴にイタリア語表記のラベルを付す行為について、直接の虚偽表示ではないけれども顧客がこれをイタリア製と誤認することは明白であるとして原産地虚偽表示罪（1930年3月26日の法律）の成立を認めた判決がある（Paris, 19 mai 1961, JCP 1961, II, 12176）。表示の顧客心理への影響を推定した例として参考になる。

(143) いずれも附帯私訴の事例であるが、職業組合について Crim., 13 mars 1979, Gaz. Pal. 1979, 2, 404. 競争者個人について Paris, 18 juin 1980, précité.

(144) Paris, 29 avril 1986, D. 1987, Somm. 264.

り不正競争として規制されている。

B 不当顧客誘引

上記の虚偽広告是不当な顧客誘引手段の代表的なものである。ここでは、消費者の商品選択を阻害するその他の行為に関する事例を紹介する。

原産地誤認表示については、フランス産ウィスキーを、容器の形状、商標の称呼、ラベルの絵柄等によりスコットランド産との誤認を招く態様で販売した業者をスコッチウィスキー協会が訴えた事案がある⁽¹⁴⁶⁾。顧客の誤認の可能性が争点となった判決であり、破毀院は商品の全体的印象について審理を尽くさせるために原判決を破毀・移送した。

顧客の商品選択を歪める広告手段のひとつにおとり広告がある。フランスでは価格による不当誘引 (prix d'appel) またはブランドによる不当誘引 (marque d'appel) と呼ばれ⁽¹⁴⁷⁾、法律上禁止されてはいないが不正競争として規制される。実際には商標品の在庫がないにもかかわらず小売店が当該商品の販売広告を行った事案では、商標権者による不正競争の訴えが認容されている⁽¹⁴⁸⁾。

さらに、景品提供行為が問題となった例として、新聞を無料配布した事業者に対して競争者が差止の訴えを提起した事案がある⁽¹⁴⁹⁾。商品役務の無料提供が法律上禁止されていた⁽¹⁵⁰⁾ ことを背景とする事件であったが、

(145) Paris, 21 mars 1989, D. 1989, IR. 120.

(146) Com., 11 oct. 1988, JCP 1989, II, 21297, n. C. Hannoun.

(147) 訳語は各々中村他・前掲注 (68) 248頁, 200頁に依る。

(148) Aix, 14 mai 1963, JCP 1963, II, 13327, n. R. Plaisant. 判決は商標の名声および顧客吸引力の減少を損害として認定している。また、価格・ブランドによる不当誘引の区別を示した判決として TGI Lyon, 1^{er} juill. 1982, JCP 1983, éd. CI, 11049, obs. J.-J. Burst et J.-M. Mousseron. 同判決に従えば、両者は少量の広告品をおとりに顧客を引きつける点で同一であり、価格への言及の有無において異なるに過ぎない。なお、同判決は十分な在庫のない商品の販売広告について虚偽広告の成立も認めた。

(149) Com., 29 juin 1982, JCP 1983, II, 20034, n. G. Heidsieck.

(150) 1973年12月27日の法律第40条は、消費者に対し無料で商品役務を提供する行為一般を禁止していた。これに対し1986年12月1日のオルドナンス以降は、商

当該新聞が単なる広告媒体であり商品価値を有しないことを理由に原告の訴えは排斥されている。

C 廉価販売

自由価格制の下では廉価販売そのものが違法視されることはない。ただし、買入価格未満の価格で商品を転売する不当廉売、および競争者を市場から排除しまたはその市場参入を阻害する目的でなされる濫用的な低価格設定⁽¹⁵¹⁾は、競争法による規制の対象となる。不正競争の分野では、映像製作について極端な低価格を提示した国営企業の行為が支配的地位の濫用にあたるとして、事業者団体の損害賠償請求が認められた例がある⁽¹⁵²⁾。また、租税法および社会保障法の適用を免れることによって低価格を設定した建設業者に競争者への賠償を命じた判決もある⁽¹⁵³⁾。

D 営業規制違反

法令で定められた営業規制に違反して競争者を出抜く行為は、市場全体を害する不正競争と考えられている。そのような行為は、競争手段の平等を破り違反者を不当に有利な地位に置くものだからである⁽¹⁵⁴⁾。わが国ではいわゆる保護法規違反の場合でなければ不法行為とされない⁽¹⁵⁵⁾のに対し、フランスでは法令違反一般について不法行為の成立が認められてい

品役務の購入を景品獲得の条件とする景品付販売 (*vente à prime*) のみが禁止される。現在は消費法典 L. 121-35条が景品付販売について規定している。景品が売買の目的物と同種である場合または少額もしくはサンプルである場合には同条の適用が除外される。

- (151) 不当廉売規制は、商品の買入時の状態での転売行為にのみ適用される（商法典 L. 442-2条）。これを補うため、生産、加工および販売の費用に比して濫用的に低い価格を消費者に提示する行為が1996年7月1日の法律により反競争行為に加えられた（商法典 L. 420-5条）。V. P. et Ph. Didier, *op. cit.*, n°s 696 et s.

(152) Versailles, 17 mai 1994, D. 1995, J. p.539.

(153) Paris, 16 janv. 1980, D. 1981, 564, n. P. Godé.

(154) Serra, *op. cit.*, p.49.

(155) 渋谷達紀「不正競争防止法——般不法行為法による補完——」民商第93巻臨増(2)（1986年）370頁参照。

る。

判例は、店舗の建築許可で認められたもの以外の営業を当該店舗で行う行為⁽¹⁵⁶⁾、タクシーの営業規制に反して妻とともにタクシーの二重営業を行う行為⁽¹⁵⁷⁾、歯科医が職業倫理規定に反して商行為を行い義歯を製造販売する行為⁽¹⁵⁸⁾等を不正競争としてきた。営業規制違反が特定の競争者を害することは少なく、損害額の算定は困難である。判例には、事業者団体の訴えに対し名目的に 1 フランの損害賠償を認めたものがある⁽¹⁵⁹⁾。

三 フランスの不正競争概念

ここでは、二で検討した不正競争規制の態様を俯瞰し、不正競争について、その形式的意義（規制方法）および実質的意義（規制対象）の両面から考察していく。

1 形式的意義における不正競争

(1) 行為規準違反主義への接近

フランス法は、不正競争の規制において不法行為主義を採用してきた。したがって、原則からして不正競争の成立には、フォート、損害およびそれらの間の因果関係が必要とされることになる。この場合、不正競争は特定の競争者に対する加害を伴う行為でなければならない。これに対し、行為規準違反主義の下では不正競争は一定の行為規準に反する行為であれば足り、競争者に対する加害を要しない。例えば、ドイツ法の考え方がこれにあたとされる⁽¹⁶⁰⁾。

(156) Com., 11 févr. 1980, D. 1980, IR. 441.

(157) Com., 5 janv. 1981, JCP 1981, IV, 95.

(158) TC Paris, 8 juin 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, 77, n. J. Mauro.

(159) *Ibid.*

(160) 渋谷・前掲注(2) 4-7 頁参照。なお、2004年に改正されたドイツ不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) は、一般条項である

不法行為の効果として損害賠償および差止を請求する場合には、損害の証明が原則として必要である。しかしながら、ときに判例は、原告による損害の立証がない場合にも不正競争を規制してきた。フランスの判例は早くから不正競争に対する差止を認めてきたが、初期の事例にはすでに、混同招来行為の立証のみをもって原告の差止請求を認容したパリ控訴院1852年1月19日判決が登場している⁽¹⁶¹⁾。学説の中にも、不正競争訴権の第一の目的は差止であり、それは不正競争行為の存在のみをもって認められるべきであるとするものがあった⁽¹⁶²⁾。しかし、判例・通説においては、損害を不正競争の要素とみなしその証明がない限り訴えを排斥すべきとする見解が支配的であった。例えば、破毀院商事部1976年7月19日判決は、不正競争訴権を根拠づける不法行為規定が被告のフォートのみならず原告の被った損害をも前提とするものであることを確認している⁽¹⁶³⁾。

第3条において「競争者（Mitbewerber）、消費者（Verbraucher）またはその他の市場参加者（Marktteilnehmer）の利益を害して、競争を単に軽微な程度ではなく阻害するおそれのある不正競争行為は許されない」と規定する。不正競争行為の被害者を競争者に限定しない意図が文言上明らかである。第8条は差止請求権の規定であるが、その第3項は、差止訴訟の原告適格を競争者、事業者団体、消費者団体、商工会議所および手工業会議所に与えている。不正競争の被害者であるか否かを問わず訴権の行使が可能ということである。以上の点から、法改正後も行為規準違反主義は維持されているといえる。

(161) Paris, 19 janv. 1852, DP, 1852, 2, 267. 事案は、原告の製造に係る炭酸水の生産器具の名称と同一の名称を、被告が自己の製造に係る同種の器具に用いたというものである。裁判所は、被告が当該名称の使用によって、原告に対し「損害を生じさせる混同を惹起」と判示し、原告が「評価可能な損害」（dommage appréciable）を証明していないとしつつも当該名称の使用差止を命じた。もっとも、損害の証明がないため損害賠償は認められていない。

(162) Roubier, *op. cit.*, pp.508-509. Roubierによると、原告は不正行為の差止について、訴権の一般的成立要件である「すでに生じている現在の利益」（intérêt né et actuel）を有する。よって損害の立証がなくとも差止は可能であり、それは差止に加え損害賠償を得るために必要となるに過ぎない。

(163) Com., 19 juill. 1976, JCP 1976, II, 18507. この事案において破毀院は、損害の認定なしに1フランの損害賠償および混同招来行為の差止を命じた原判決を破毀した。

ところが近年、破毀院はフォートの存在から損害を推定することを認める方向性を示している。破毀院商事部1993年2月9日判決は、損害は「不正競争行為 (actes déloyaux) から必然的に推認される」と判示し、損害の立証がないことを理由に損害賠償請求を棄却した原判決を破毀した⁽¹⁶⁴⁾。この見解は、その後の判決によって踏襲されてきている⁽¹⁶⁵⁾。損害の推定によって、競争者は不正競争行為の存在の証明のみで当該行為者の有責判決を得ることができることになる。

判例がフォートの認定のみによって不正競争を規制してきた背景には、不正競争から生じる損害の立証がそもそも困難であるという事情があると考えられる。例えば、伝統的不正競争については顧客の横取りが、寄生行為については企業成果の経済的価値の横取りが損害を構成するとされているが、そのような損害の存在は極めて不確定である。さらに、損害の立証に成功したとしても、不正競争行為と損害との因果関係はやはり立証困難である。一般に、不正競争の事案における因果関係の立証は売上高の比較によって行われるが、原告が高い市場占有率を有していない限り、売上高の減少が被告の行為のみによって引き起こされたとは言い難いからである。虚偽表示等の公益侵害行為の場合には特にそうである。その結果、因果関係の立証責任は軽減され、さらには捨象されているとさえ指摘されている⁽¹⁶⁶⁾。

(2) 形式的意義における不正競争

以上から、フランスの不正競争規制は行為規準違反主義に接近しているといえることができる。行為規準を一応、営業上の誠実 (loyauté commerciale) であると仮定するならば、不正競争の形式的意義は、「営業上の誠実に反するフォート」にあるといえることができるであろう。「誠実」に反

(164) Com., 9 févr. 1993, JCP 1994, éd. E, II, 545, n. C. Danglehant.

(165) Com., 9 oct. 2001, RJDA 2002, n° 213.

(166) Pirovano, *op. cit.*, n° 53.

する不正な競争行為＝フォートが存在する限り、それは制裁の対象となる。裁判所は、フォートから損害を推定することによって、フォートの存在自体に訴えの利益を見出している。

行為規準違反主義への接近は、さらに、原告適格者の範囲の拡大という点にも現れている。判例は、不正競争の被害者である個々の企業のみならず、職業組合 (syndicat professionnel)⁽¹⁶⁷⁾ および経済利益団体 (groupe-ment d'intérêt économique)⁽¹⁶⁸⁾ にも訴権の行使を認めてきた。こうした団体は、顧客の横取り等の損害を直接に被る者とはいえない。団体訴権の容認は、ドイツ法に見られるように⁽¹⁶⁹⁾ 行為規準違反主義の重要なメルクマールである。

2 実質的意義における不正競争

(1) 不正競争性の判断基準

「営業上の誠実に反するフォート」とは、行為規準違反主義という規制方法を言い換えたものにすぎない。最後に、その方法によって規制される行為の概念が明らかにされねばならない。不正競争を実質的に把握するためには、行為規準すなわち違法性判断基準の内容を検討することが必要となる。

不正競争法の違法性判断基準は、誠実ないし職業慣行として倫理的に把握されてきた。これに対し、1980年代以降、不正競争性の判断に関して「自由競争の作用」の歪曲性に言及する判決が見られるようになっている。

(167) Com., 22 juill. 1986, Gaz. Pal. 1986, pan. 278. 事案は、タクシー営業との間に混同を生ぜしめた事業者に対してタクシーの事業者組合が損害賠償を請求したというものである。破毀院は、組合加盟者に対する損害賠償の支払いを命じた原判決を維持している。

(168) Paris, 22 avril 1980, Gaz. Pal. 1981, 1, 184. 判決は、営業促進を目的とする団体は裁判において自己の商業戦略を営業誹謗から護る資格を有すると述べている。

(169) 注 (160) を参照。

この違法性判断基準は能率競争の淘汰作用に着目した機能的なものであり、制定法たる競争法、とりわけ「市場の適正な作用」の確保を目指す反競争行為法のそれと一致する。この点、制定法たる競争法と不正競争法とは自由競争の擁護という目的において一致する傾向を示している。さらに、両者は共通の目的の下に括られるべきものともいえる。前者は自由競争の理念型を能率競争に置き、これを擁護しようとする。一方、後者は自由競争の理念型を「誠実」な競争に置き、これを維持しようとする。理念の相違は、規制における観点の相違に由来するにすぎない。前者は主に公益の観点から規制を行うために制度目標を必要とするが、後者は主に私益の観点から規制を行うために職業者の行動規範に依拠する。判例における違法性判断基準の収斂傾向は、両者の目的の同一性が実際に認識されてきたことの表れととらえたい⁽¹⁷⁰⁾。

ところで、実際の現象および論理的な整合性からは以上のようにいいうるが、ではなぜ不正競争性の判断基準は職業倫理から機能原理へと変化してきたのだろうか。これについては、以下の二つの要因を指摘することができと思われる。

まず外在的要因として、競争法の制定が挙げられる。競争作用の阻害行為を規制対象とする考え方はいわゆる「競争法」の論理であるが、これを実現する制度の形成がフランスでは遅れていた。欧州共同体が1957年のローマ条約以来自由競争の原則を掲げてきた⁽¹⁷¹⁾のに対し、フランスが自由主義的な競争法を制定したのは1986年である。共同体法における市場競争維持の目標と、それに従う国内立法とが、不正競争のとらえ方に影響を与

(170) 不正競争規制に関して、それは競争の自由に対する制限ではなく、むしろ経済主体に認められた行動範囲を明確にし競争条件を保護する役割をもつものであるとする見解が主張されていることは注目に値する。不正競争規制は、市場の擁護を目的とする反競争行為規制の延長であると考えられているようである。V. Frison-Roche et Payet, *op. cit.*, n° 21.

(171) 同条約第3条(g)は、共同体の政策として「域内市場において競争が歪曲(faussée)されないことを確保する制度」の整備を挙げる。

えたと考えられる。

次に不正競争法に内在的な要因として、不法行為主義の限界が挙げられる。職業慣行にもとる手段によって競争者の顧客を奪う行為を不法行為として制裁するのが、フランス不正競争法の基本的手法である。不正競争法が競争者の利害調整を目的とする限りは職業慣行への依拠で足りるけれども、不法行為法自体が不正競争規制にとっては不十分である。寄生競争行為および市場攪乱行為は加害性の薄い不正競争なので、不法行為法の適用は本来困難である。競争作用の歪曲性は、まさにこのような場面において考慮されてきた。この公益的な行為規準の導入によって、不法行為法の枠を超えた規制が可能になったものと推測される。

（2）実質的意義における不正競争

以上から、フランスにおける不正競争の実質的意義は「自由競争の作用を阻害する行為」にあるということが出来る。自由競争の作用とは、良質廉価に基づく能率競争による自然淘汰のことである⁽¹⁷²⁾。従来、職業慣行に反するとして違法視されてきた比較広告、および独占的販売網の外での第三者による販売行為が判例によって是認されるようになった⁽¹⁷³⁾のは、これらの行為が能率競争を阻害せずむしろそれを促進するものと考えられた結果といえるのではないだろうか⁽¹⁷⁴⁾。

いまや不正競争法は、商法典の競争法規定とともに「競争法」(*droit de la concurrence*)という一分野に包摂されている⁽¹⁷⁵⁾。この事実は、双方が

(172) 注(140)を参照のこと。なお、「自由競争経済の本質は、能率的競争による自然淘汰にある」とする金沢・前掲注(52)149頁も参照。

(173) 本稿二1(2)を参照。

(174) Pirovano, *op. cit.*, n° 36 et s.は、客観的比較広告および販売網外での第三者の販売行為を、消費者の利益に資するものと位置づける。

(175) ドイツでも不正競争防止法と独占禁止法とは共通の法分野を構成する両輪であると考えられているそうである。渋谷・前掲注(1)「不正競争の概念(2・完)」159頁参照。

自由競争の維持という共通の目的を持つ制度として統一的に把握すべきものと考えられていることを示している。競争の作用に着目し機能的規準をもって規制対象を決定する場合は、畢竟、加害性に欠ける行為が不正競争に含まれることとなり、それは損害の推定、因果関係の緩和といった傾向を助長するであろう。こうした事態は民法の原則からの逸脱と見られるかもしれないが、それはむしろ不法行為法が不正競争規制に親しまないことの証左として受け止められるべき事柄であると考ええる。

結 語

フランスにおいて不正競争が《concurrency déloyale》と呼ばれることに変わりはなく、不正競争規制が競争の誠実性を担保する制度として今なお位置づけられているのも確かである⁽¹⁷⁶⁾。しかし、そこでの競争の把握は機能的なものへと変容しつつあると解するのが妥当であろう。もっとも、即断は避けるべきであり、この傾向の今後の展開を継続的に検討していくことが必要である。また、今回は十分に論ずることができなかった旧制度以来の同業体的規制の意義についても、競争法制度への影響という視点から改めて考察せねばなるまい。

能率競争の作用の維持という価値基準は、わが国の独占禁止法の法目的と一致する。この価値基準をわが国の不正競争規制にも適用することが許されるなら、不正競争防止法と独占禁止法とは同一の目的のために相補う手段としてとらえられる。この目的に資する法律は他にも存在するし、この目的に沿って解釈する余地のある法律も存在する⁽¹⁷⁷⁾。こうした一連の法律群は、いわゆる不正競争法として体系的に理解すべき対象であると思

(176) V. Guyon, *op. cit.*, n° 839 ; Burst, *op. cit.*, n° 7.

(177) 例えば、不当景品類及び不当表示防止法は消費者の商品選択への不当な干渉を是正するものであり、能率競争の作用の維持に資する。また、不法行為法については、違法性判断基準を能率競争の歪曲性に置くという解釈を採用することが可能である。

われる。そのような体系化の作業は、容易には達成しえないかもしれないが、今後取り組むべき課題として残されている。

〔付記〕 本稿は、2006年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2006A-814）による研究成果の一部である。